

Coordenação:

Dr. Héctor Ricardo Leis

Vice-Coordenação:

Dr. Selvino J. Assmann

Secretaria:

Liana Bergmann

Editores Assistentes:

Doutoranda Marlene Tamanini

Doutoranda Sandra Makowiecky

Doutorando Sérgio Luiz Pereira da Silva

Doutorando Fernando Oliveira Noal

Linha de Pesquisa

Teorias Contemporâneas sobre a Modernidade

AGRIPA FARIA ALEXANDRE

QUESTÃO DE POLÍTICA COMO QUESTÃO DE DIREITO: A Judicialização da Política, a Cultura Instituinte das CPIs e o Papel dos Juízes e Promotores no Brasil

N13- dezembro- 2000

Cadernos de Pesquisa Interdisciplinar em Ciências Humanas

A coleção destina-se à divulgação de textos em discussão no PPGICH. A circulação é limitada, sendo proibida a reprodução da íntegra ou parte do texto sem o prévio consentimento do autor e do programa.

QUESTÃO DE POLÍTICA COMO QUESTÃO DE DIREITO: A Judicialização da Política, a Cultura Instituinte das CPIs e o papel dos Juízes e Promotores no Brasil

Agripa Faria Alexandre *

RESUMO: Neste artigo, procuramos abordar o fenômeno social de amplo alcance da *judicialização da política* (que inclui o processo instituinte da cultura das CPIs e a posição de destaque de juizes e promotores na discussão dos macroconflitos sociais no Brasil) a partir de duas interpretações teóricas. A primeira está aplicada ao entendimento histórico e sociológico do desenvolvimento das cortes de justiça nos países capitalistas. A segunda, ao entendimento pragmático e discursivo da lógica de ação dos movimentos sociais, ministério público e juizes para o caso brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização da Política; Papel político de promotores e Juízes; Comissão Parlamentar de Inquérito.

*Nota sobre o autor

Doutorando – Programa de Pós-graduação

Interdisciplinar em Ciências Humanas/ UFSC.

INTRODUÇÃO

A *judicialização da política* como um fenômeno social recente nas sociedades modernas introduz antes de mais nada uma nova caracterização para os conflitos sociais. Estes não expressam mais a luta pela institucionalização de direitos. Expressam de novo uma interpretação desses direitos já institucionalizados perante as cortes judiciais nacionais, ou mesmo internacionais. Vale ilustrar que o *Caso Pinochet* ainda hoje vem mobilizando a atenção da mídia e de autoridades internacionais. Ele representa apenas um entre diversos assuntos políticos que vem à baila devido à provocação de autoridades do meio judicial desejosas de fazer cumprir direitos não econômicos consagrados (no *Caso Pinochet*, fazer cumprir reparações de danos pelo cometimento de crime de genocídio). Os EUA é o país de maior exemplo de *judicialização da política* (que não envolve apenas casos de assédio sexual, como o que colocou no banco dos réus o Presidente Americano Bill Clinton...). O processo de nomeação de juizes naquele país caracteriza-se também como um processo extremamente politizado. Em países como Alemanha e França, a política interna e externa é apontada por estudiosos como um processo de ‘construção coordenada’, devido ao poderio de intervenção das cortes na discussão das políticas públicas formuladas pelos poderes executivo e legislativo. Na Itália, a ‘politização’ da magistratura vem determinando também um processo de aumento de intervenção judicial em setores como o das relações industriais, e outros referentes à defesa de interesses difusos e à repressão ao terrorismo (Dworkin, 1997 a ; Castro, 1997:147).

A partir do que Habermas denomina de *juridificação da política* ou *positivação do direito natural*¹, como sendo uma espécie de adensamento do direito nas esferas da vida social (fato típico do Estado de Bem-Estar Social), tem lugar então a *judicialização da política* como resultado da interpretação das cortes judiciais sobre as políticas legislativas ou executivas do Estado, interpretações essas que só têm lugar porque o sistema democrático permite tais provocações interpretativas sobre as leis erigidas. As tarefas de resposta do Estado face aos embates jurídicos crescentes sobre direitos também ganham um aumento de reflexividade, uma vez que os métodos judiciais padrões de resolução dos conflitos introjetados nas esferas da vida social despertam o interesse de grupos ávidos por garantir conquistas e demandar novos interesses políticos, tornando assim o ‘mundo da vida’ não somente *juridificado* ou *positivado*, mas também tensamente *judicializado*.

Em outras palavras, para nos restringirmos apenas ao contexto político brasileiro, instaura-se uma luta por direitos muito diferente das demandas daqueles movimentos sociais da década de 80, mais interessados em garantir a formalização jurídico-institucional de direitos sociais. O que passa a acontecer de diferente já a partir da década de 90 é que a política incorpora fortemente um conteúdo jurídico dissonante. Em especial, pode-se notar que as práticas sociais dos partidos políticos e dos movimentos sociais que gozam de maior prestígio junto à mídia, por exemplo, apostam com maior grau de frequência na definição e resolução de seus temas de interesse por métodos jurídico-procedimentais². Tanto na esfera

¹ Conferir HABERMAS, J. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*(1997). Vol., I, p. 48.

² Como exemplo marcante no cenário político brasileiro podemos mencionar o *Caso Pitta* referente às decisões judiciais que ora afastavam ora reconduziam ao cargo o Prefeito de São Paulo, Senhor Celso Pitta. Em Santa Catarina, em particular, as cortes de justiça também vêm sendo mobilizadas, por exemplo, para discutir a privatização do banco estatal (BESC). Sobre esses assuntos conferir material jornalístico: Folha de

pública do poder judiciário propriamente dito (perante as cortes de justiça, envolvendo a interferência denunciatória dos agentes políticos do Ministério Público), quanto na esfera pública do poder legislativo, através da instauração copiosa de Comissões Parlamentares de Inquéritos (CPIs), questões de política ocupam franca visibilidade como questões de direito³. A política entendida como um jogo de convencimento passa então por um filtro de idéias reguladoras de conteúdo normativo. A busca da verdade decorre necessariamente desse jogo que força os participantes a encontrar respostas pragmáticas suficientemente estabilizadoras das relações sociais.

Neste artigo, procuramos abordar o fenômeno social de amplo alcance da *judicialização da política* (que inclui o processo instituinte da cultura das CPIs e a posição de destaque de juizes e promotores na discussão dos macroconflitos sociais no Brasil) a partir de duas interpretações teóricas. A primeira está aplicada ao entendimento histórico e sociológico do desenvolvimento das cortes de justiça nos países capitalistas. A segunda, ao entendimento pragmático e discursivo da lógica de ação dos movimentos sociais, ministério público e juizes para o caso brasileiro. Embora o trabalho apresente muito mais características teóricas, partimos do pressuposto empírico de observação referente ao forte conteúdo normativo que perpassa a discussão dos temas políticos nacionais. Assim, as questões centrais que orientaram a produção deste artigo foram as seguintes:

- 1) poderíamos propor um novo modelo de análise para estudar o Brasil, a partir do envolvimento político de juizes e promotores na definição de temas públicos relevantes?
- 2) Os processos de *judicialização da política*, propostos por pressão dos movimentos sociais indicam que o país está mudando pela via da politização da justiça, ou a classe dos juizes e promotores tem pouco influenciado na constituição de temas e assuntos públicos ?
- 3) Deslocado da cena do poder judiciário, o processo denominado de CPI (COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO) nos níveis federal, estadual e municipal serve para indicar o baixo envolvimento da Justiça e Ministério Público nas discussões políticas do país ?

Nossa hipótese central de trabalho está fundamentada na Teoria Discursiva do Direito, formulada por Jürgen Habermas. Este pensador, embora não deixe de reconhecer que nas sociedades capitalistas existe o princípio indissolúvel da produção alienada de mercadoria e distribuição desigual da riqueza gerada, sugere que a tese marxista da centralidade da categoria do trabalho perde seu alcance para explicar os conflitos sociais gerados nesta mesma sociedade. O mundo capitalista contemporâneo não pode ser compreendido simplesmente através do conflito social, senão também através dos

S.Paulo, Cotidiano, 21/ 03/ 99, p. 3, col. 1 – 6: *Pitta faz planos para se reeleger e diz não ser cúmplice da corrupção*. Diário Catarinense, 16/ 12/ 99, p. 6, col. 1 – 4: *BC assume controle do BESC em 1º. de fevereiro*.

³ Em pesquisa quantitativa que realizamos junto ao Setor de Informações da Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina constatamos um número de 6 CPIs instauradas no período legislativo de 1999-2000. As temáticas ali discutidas incluem: Privatização do BESC; narcotráfico; denúncia de sonegação fiscal; falta de pagamento de salário dos Servidores Públicos do Estado de Santa Catarina; destino dos recursos financeiros da INVEST; e destino dos recursos da venda da COHAB. Por sua vez, junto ao Setor de Informações da Câmara dos Deputados Federais e do Senado da República, em Brasília, apuramos, respectivamente, 5 e 4 CPIs instauradas no período da legislatura de 1999-2000. Na casa do senado encontramos inquéritos sobre o poder judiciário brasileiro (referente ao Juíz Aposentado, Senhor Nicolau – vulgo Lalau); sobre o narcotráfico envolvendo o Senador Luis Estevan; sobre o Futebol; e sobre o roubo de cargas em estradas e portos brasileiros.

processos de conscientização. Mesmo havendo a incorporação de atores sociais com maior poder de prestígio e convencimento (mercado, mídia e governo) nos espaços de discussão política, esses são surpreendidos nos processos de fala. Entende-se assim porque os processos de *judicialização da política* desafiam o sistema político. O desenrolar dos assuntos políticos transcorre segundo o direito, o qual serve para legitimar o discurso.

UMA ABORDAGEM HISTÓRICA E SOCIOLÓGICA A RESPEITO DO DESENVOLVIMENTO DO PAPEL DAS CORTES DE JUSTIÇA NAS SOCIEDADES CAPITALISTAS

Em termos históricos, as cortes judiciais nas sociedades capitalistas são tradicionalmente concebidas para despolitizar ou pacificar o potencial de tensão dos conflitos sociais de classe. A primeira metade do século XX no Brasil ilustra sem problemas essa situação. O Poder Executivo e o Poder Legislativo comandam fortemente o desenrolar da política, inclusive interferindo no Poder Judiciário diretamente (por exemplo, conferindo-lhe dotação orçamentária, nomeando juizes e promotores e os controlando). A neutralidade política do Poder Judicial é afirmada através da racionalidade instrumental do Direito, sendo que os juizes e promotores apenas têm o trabalho da aplicação das normas adequadas aos fatos reclamados, sem referências sociais, éticas ou políticas a eles.

Nesse sentido, os tribunais estão presos aos seguintes imperativos :

- a) estão proibidos de julgarem *contra legem*;
- b) são só acionados retroativamente com o objetivo de reconstruir uma realidade normativa plenamente construída;
- c) agem apenas de forma reativa quando solicitados;
- d) ocupam-se de litígios individualizados de contornos claramente definidos; e
- e) as decisões proferidas só valem para eles (os litígios individualizados), não tendo validade geral (Santos, Marques & Pedroso, 1996: 32).

Em outras palavras:

“Esse período testemunhou o desenvolvimento vertiginoso da economia capitalista no seguimento da Revolução Industrial e, com ele, a ocorrência de maciços deslocamentos de pessoas, o agravamento sem precedentes das desigualdades sociais, a emergência da chamada questão social (criminalidade, prostituição, insalubridade, habitação degradada, etc). Tudo isso deu origem a uma explosão dos conflitos sociais de tão vastas proporções que foi em relação a ela que se definiram as grandes clivagens políticas e sociais da época. Ora, os tribunais ficaram quase totalmente à margem desse processo, dado que o seu âmbito funcional se limitava à microlitigiosidade interindividual, extravasando dele a macrolitigiosidade social (...) Confinados como estavam à administração da justiça retributiva, tiveram de aceitar como um dado os padrões de justiça distributiva adotados pelos outros poderes. Foi assim que a justiça retributiva se transformou numa questão de direito, enquanto a justiça distributiva passou a ser uma questão política. Aliás, sempre que excepcionalmente os padrões de justiça distributiva foram sujeitos a escrutínio judicial, os tribunais se mostraram refratários à própria idéia de

justiça distributiva, privilegiando sistematicamente soluções minimalistas”
(Santos, Marques & Pedroso, 1996 : 33).

A situação começa a mudar quando os juízes e promotores assumem publicamente a fragilidade de suas funções. As pressões populares típicas do Estado de Bem-Estar Social (décadas de 50, 60, 70 e 80) forçam esses agentes políticos a tomarem partido diante da crise do Estado que trabalha com uma forte carga de governabilidade da parte dos Poderes Legislativo e Executivo. O excesso de leis decorrente desta forte carga de governabilidade põe a normalidade legal em colapso. Por implicação, o Poder Judiciário não tem mais como aplicar simplesmente a lei aos fatos reclamados. Como eles tornaram-se constitucionalmente universalizados pelo Estado de Bem-Estar Social, a liberdade da função dos magistrados entendida como decorrente da aplicação de um mero vínculo lógico-formal de normas aos fatos torna-se problemática, pois é impossível não mais fazer referência aos reclamos sociais, éticos e políticos. Em outras palavras, a juridificação da vida social força a judicialização da política. Os magistrados são obrigados a assumir a administração da tensão dos conflitos sociais inerentes à sociedade capitalista. Num primeiro momento, as respostas a esses problemas são técnicas.

Com a grande procura judiciária, responde-se convenientemente com a informalização da justiça, o reapetrechamento dos tribunais em recursos humanos e infraestruturas; com criação de tribunais especiais para a pequena litigação de massas e com a proliferação de mecanismos alternativos de resolução de conflitos (mediação, negociação, arbitragem) e reformas processuais. A partir daí porém a visibilidade política dos tribunais torna-se um fenômeno social inegável, bem como a ausência de neutralidade política dos mesmos, porque as reivindicações por igualdade de direitos sociais, consagrados na constituição, obrigam os tribunais a pronunciarem-se, levando seus membros a interpretarem politicamente a tensão existente entre os conflitos sociais. Daí surgem inclusive mobilizações de classe de juízes, como a associação “Juízes para a Democracia”(AJD), demandando autonomia profissional e defendendo abertamente mudanças sociais radicais da sociedade brasileira (Santos, Marques & Pedroso, 1996 : 35; Sorj, 2000: 154).

Portanto, podemos avaliar historicamente o desempenho dos tribunais, no sentido de que suas decisões políticas deixaram de ser exclusivamente retrospectivas para serem prospectivas. O Estado e a sociedade passaram a lhe impor o abandono da função reativa de exclusiva microlitigiosidade, ou seja, de satisfazer os interesses patrimonialistas e clientelistas de setores privilegiados da sociedade. O desempenho judicial passou a ter uma relevância social que obviamente lhe vem conferindo um sentido de controvérsia pública (Santos, Marques & Pedroso, 1996 : 33).

Realisticamente, vale pontuar que a aparente boa vontade dos tribunais no Brasil de tutelar eficazmente interesses em conflito está longe de refletir uma mobilização sincera e bem coordenada para mudar a realidade social brasileira da atualidade. Levantamentos realizados por Castro, dando conta das questões priorizadas pelo Supremo Tribunal Federal indicam que decisões de cunho não econômico sequer são tratadas – o STF, no período analisado (1994), caracterizou-se por fazer uso parcimonioso de garantias constitucionais de amplo alcance, limitando as medidas de impacto político mais visível a decisões liminares (Castro, 1997: 154).

O caráter ‘conservador’ que a temática ambiental assume para o órgão do Ministério Público nos induz a formular afirmação semelhante. Incapaz de trabalhar com o enfoque de política ambiental preventiva, os encaminhamentos deste órgão facilitaram para que se associassem ao novo assunto público – o meio ambiente – temas poderosos e historicamente consolidados. Mesmo incorporando uma certa preocupação ambiental que simbolicamente lhe estaria dando poder político, este órgão apenas redefiniu conflitos já existentes (Fuks, 1997 : 213).

Em estudo semelhante junto ao ministério público (Florianópolis, SC - 1990-1998), Alexandre pôde inferir o mesmo reflexo de um modelo padrão do sistema judicial a operar com as demandas e pressões coletivas. Os registros consultados indicaram a predominância de ações pontuais, centradas na busca do controle remedial e *ex-post* de problemas sócio-ambientais. Os dois ministérios, estadual e federal, operam de forma essencialmente fragmentada, embora consigam responder com um bom rendimento visual, considerando o número de questões trabalhadas e soluções particularizadas (Alexandre, 1999: 71- 83).

De acordo com Sorj, no caso brasileiro, a realidade da década de 90, em termos sociológicos, ainda aponta para uma triste carência de acesso dos setores menos privilegiados à Justiça, o que nos faz perguntar também se a judicialização da política não estaria ocorrendo apenas para favorecer os setores historicamente mais privilegiados da sociedade brasileira (partidos políticos e movimentos sociais mais amplos). Sorj reafirma o que já é bastante conhecido, que há no Brasil um particular problema de violência, abuso policial, precariedade crônica do sistema penal e impunidade vergonhosa dos grupos dominantes. Isso tem levado a administração dos conflitos sociais a ser estabelecida segundo métodos alternativos encontrados pela burocracia estatal que coloca frequentemente a polícia como árbitro dos conflitos locais. Nesse sentido, fatos e normas existentes são interpretados por um aparelho burocrático de controle e punição que não representa necessariamente o Poder Judiciário, mas a Polícia Judiciária. A possibilidade de se ter interpretações hermenêuticas e procedurais dialógicas, no sentido atribuído por Habermas, exprimindo uma dialética entre a igualdade de fato e de direito, torna-se problemática (Sorj, 2000:114; Habermas, 1997:147).

UMA ABORDAGEM PRAGMÁTICA E DISCURSIVA PARA O ENTENDIMENTO DO PAPEL POLÍTICO DO PODER JUDICIÁRIO E MINISTÉRIO PÚBLICO NAS SOCIEDADES CAPITALISTAS CONTEMPORÂNEAS

Apesar desses problemas, o carácter positivo do fenômeno *judicialização da política* está no fato de que ele obriga os atores sociais, em geral figuras expoentes da política nacional, de assumirem uma postura performática autêntica. Apesar da roupagem dos temas públicos estar condicionada ao interesse muitas vezes malsão da mídia ávida para reproduzir espetáculo, as temáticas envolvendo corrupção, descabros do sistema policial e mesmo do sistema judiciário submetem a população a reações de desagravo. Em certos momentos, a linguagem que é submetida ao controle emerge com a sua duplicidade, posto que está vinculada às reações de veracidade do que se está discutindo.

Curiosamente, como aponta Sorj, o Brasil é um país no qual a *juridificação*, vista como colonização da vida social por normas burocráticas, é bastante limitada. Não que ela não tenha ocorrido, pois os diversos movimentos sociais da década de 80, introduziram no ordenamento constitucional inúmeras declarações de direitos, mas suas leis decorrentes não

têm aplicabilidade⁴. A *judicialização* da vida social, no entanto, é significativa, pois a transferência dos macroconflitos sociais para o Judiciário tem avançado em muito nos últimos anos (Sorj, 2000: 118).

Esse é um dado preocupante para o mesmo autor:

“(...)focalizando unilateralmente no funcionamento do Judiciário, pode-se perder a perspectiva sociológica mais ampla sobre os mecanismos de integração social que sustentam a vida societária e funcionam através da absorção de normas e valores na conduta cotidiana. Nesse sentido, a sociedade brasileira apresenta um grau relativamente alto de consenso e interiorização de valores e normas, o que faz com que as práticas de sociabilidade e expectativas no intercâmbio diário sejam bastante previsíveis. O desafio fundamental está no patrimonialismo, que produz relações perversas entre os interesses privados e a esfera que deveria ser ocupada pelo espaço público, incentivando condutas oportunistas e o descumprimento da lei pelos diversos atores sociais”(Sorj, 2000:119).

Sorj acredita que a bibliografia sobre a juridificação e a judicialização do conflito social no Brasil focaliza em geral as carências, a morosidade e a ineficiência do Poder Judiciário e as propostas para reformá-lo. Esses aspectos, segundo ele, não refletem no entanto que existe uma dinâmica social nas últimas duas décadas de recepção e defesa de um sentimento democrático, de permanente luta de organismos da sociedade civil e de setores do governo contra a violação dos direitos fundamentais, os quais, para ele, convém ressaltar, jamais foram plenamente garantidos nas sociedades modernas (Sorj, 2000:119).

No nosso sentir, a funcionalidade dos tribunais, em termos políticos e simbólicos, merece uma interpretação mais incisiva. Na atualidade, as manifestações do Poder Judiciário no Brasil expressam uma tensão latente entre os três poderes da República⁵ e entre os governos estaduais, municipais e federais ⁶. O *locus* das discussões tanto referentes à redistribuição da renda quanto às querelas entre expoentes da política tradicional brasileira tem sido o Poder Judiciário. Apesar da corte judicial maior do país – STF – manter uma atitude de subserviência perante os dois outros poderes a maior parte das vezes que se pronuncia; estar manifestadamente interessada em prestar socorro aos grupos financeiros e sem jamais ter decidido sobre natureza não econômica (Castro, 1997 : 154);

⁴ Compartilhamos com o ensinamento da Antropologia Social desenhado por Da MATTA, segundo o qual há um dilema entre a modernidade e a pré-modernidade no Brasil, expresso na maneira como “*confiamos tanto na força fria da lei como instrumento de mudança do mundo que, dialeticamente, inventamos tantas leis e as tornamos inoperantes*”. Inventamos, afinal, “*o caxias, o herói e o malandro*” (Da MATTA, 1997:238).

⁵ Montesquieu, com a obra *Do espírito das leis*, introduziu na lógica da tradição liberal do direito público moderno a preocupação com a separação e o equilíbrio de poderes a fim de regular o exercício da autoridade. A tese assenta-se na idéia dos poderes atuando independentes e harmônicos entre si. Os ‘diálogos’ entre governo, normas legais impessoais e atores sociais com poder de prestígio e convencimento é que fazem reverberar o ‘som’ da democracia.

⁶ Vide *Folha de S.Paulo*, Domingo, 17/09/2000: *SFT permite uso do Exército na fazenda de filhos de FHC*. No mesmo dia, vide resposta do Governador de Minas Gerais Itamar Franco: *Minas na defesa do Estado de Direito* (seção Tendências/Debates). As duas matérias jornalísticas exemplificam a tensão entre os governos federal e estadual.

várias manifestações de outros tribunais nacionais têm-se colocado em oposição aos atos de governança dos Estados e da Federação⁷. Há reconhecidamente uma mudança no modo de fazer a política no Brasil, o Poder Judiciário e o Ministério Público alargaram sua competência e a Justiça tornou-se de fato o recurso normal dos grupos derrotados politicamente na esfera legislativa e executiva. Somada a isso, a renovação dos quadros do Poder Judiciário e do Ministério Público, com pessoal mais jovem e mulheres proporciona uma abertura democrática bem vinda, a qual difere bastante da descrição sociológica tradicional de um país de cultura autoritária e povo cordial. Queremos assim indicar que os processos de *judicialização da política* no Brasil exprimem também uma tensão positiva, com ampla repercussão, não se limitando, como entende Sorj, aos setores privilegiados da sociedade brasileira. Com base na citação acima, o entendimento sobre a justiça no Brasil passa também a associar-se a uma questão de política e de interpretação de direitos.

Entendemos também que essa tensão remonta à discussão sobre a interpretação weberiana da ‘dominação legal’, a qual se constrói a partir da racionalidade do Direito. A *judicialização da vida social* ou (indistintamente) *da política* tem lugar porque os processos de *juridificação*, entendidos como processos de colonização das esferas da vida social, estão sendo colocados em prática através de uma lógica orientada ao entendimento (Krischke, 1990).

No entanto, teoricamente, segundo Weber, a força da dominação do legislador, democraticamente legitimado ou não, segue um processo institucionalizado juridicamente. A preocupação de Weber pela neutralidade da razão visa afastar qualquer parentesco com a moral. Nas palavras de Habermas, isso significa que o direito moderno, para Weber, tem que legitimar o poder exercido conforme o direito, apoiando-se exclusivamente em qualidades formais próprias (Habermas, 1997:193). O lugar das práticas espontâneas “desformalizadas” precisa proceder conforme o Direito.

Nos processos de *judicialização da política* torna-se difícil, no nosso entender, divisar uma manifestação do Poder Judiciário ou uma denúncia do Ministério Público ancorada unicamente na racionalidade do Direito, porque os processos de adensamento do Direito nas esferas da vida social (*os processos de juridificação*) correspondem, muitas vezes, a um processo de reconhecimento de valores morais particulares decorrentes dessa institucionalização de direitos. Em outras palavras, as normas jurídicas vêm reconhecendo e criando valores culturais⁸.

Segundo Habermas, Weber confundiu critérios universais de valor com conteúdos de valor. O Direito para Weber dispõe de uma racionalidade própria, a qual não está e não pode estar apoiada na razão prática no sentido de Kant. A confusão entre a racionalidade do Direito e a moral pode colocar em perigo o fundamento da legitimação da dominação legal. Habermas justamente discorda desse entendimento, com a sua tese de que a dominação legal tem que extrair sua legitimidade de uma racionalidade procedimental com teor moral (Habermas, 1997:194).

Isso vem ocorrendo de fato porque desenrola-se uma transformação das formas de fazer o Direito, em função das necessidades de um Estado regulador modificar o sistema de direitos. Com a tendência crescente à juridificação cai por terra a ficção de um sistema

⁷ Vide, por exemplo, A notícia, 10/08/2000: *Liminar ameaça assembléia do Besc. Justiça Federal acolhe ação popular liderada pela deputada estadual Ideli Salvatti*.

⁸ Estamos nos referindo a direitos de povos indígenas, de etnias, de comunidades caiçaras, quilombolas, etc, assegurados na Constituição de 1988.

jurídico bem ordenado, bem como a idéia de uma separação clara entre direito privado e público e a hierarquia entre norma fundamental e simples lei (Habermas, 1997:196).

Nas palavras do filósofo alemão:

“(...)de fato, programas finalísticos, orientados pelas consequências, reprimem as formas jurídicas que se orientam pela regra, na medida em que a normatização do direito programa intervenções políticas na sociedade, cujos efeitos não podem ser previstos com facilidade. Não somente fatos concretos, mas também objetivos abstratos podem adotar a linguagem da lei(...)Os tribunais têm que trabalhar com cláusulas gerais e, ao mesmo tempo, fazer jus ao maior grau de variação de contextos, bem como à maior interdependência de proposições jurídicas subordinadas” (Habermas, 1997:196).

Mais claramente, podemos pontuar que Habermas contesta Weber no seguinte sentido. Weber concebera magistralmente três tipos de racionalidade: a racionalidade técnica, baseada na aplicação regulada de meios; a racionalidade de fins, tendo em vista valores assumidos preliminarmente; e a racionalidade científica, dos especialistas, incorporada analiticamente a fim de compreender os sistemas simbólicos e visões de mundo. Com o fim de possibilitar a legitimidade da dominação legal, o direito formal burguês abarcaria estas três racionalidades, pois necessariamente absorveria, na mesma ordem acima, a racionalidade técnica para operar coincidentemente com fatos; as leis públicas, abstratas e gerais que possibilitam a persecução de fins; e a racionalidade técnico-científica dos operadores do Direito. Desde a crítica de Marx, sabemos que estas racionalidades são consentâneas apenas com a estrutura e a função da ordem econômica burguesa. Como Habermas adverte, apesar de seu caráter normativo, sua crítica não está colocada como uma teoria do direito, mas sim da sociedade (Habermas, 1997:194).

Em profundidade, a eficácia legitimadora da legalidade não repousa na natureza da racionalidade formal do Direito unicamente. Ela precisa da moral para proceder, segundo princípios. De acordo com Habermas, Weber não percebera *“que o modelo do contrato social (incorporado pelo direito positivo moderno), do mesmo modo que o imperativo categórico, pode ser entendido como proposta para um processo, cuja racionalidade garante a correção de qualquer tipo de decisão tomada conforme um procedimento”*.⁹

E conclui mais adiante:

“Por conseguinte, se as qualidades formais do direito são encontráveis na dimensão dos processos institucionalizados juridicamente, e se esses processos regulam discursos jurídicos que, por seu turno, são permeáveis a argumentações morais, então pode-se adotar a seguinte hipótese: a legitimidade pode ser obtida através da legalidade, na medida em que os processos para a produção de normas jurídicas são racionais no sentido de uma razão prático-moral procedimental. A legitimidade da legalidade resulta do entrelaçamento entre processos jurídicos e uma argumentação moral que obedece à sua própria racionalidade procedimental” (Habermas, 1997:203).

⁹ Op. cit. Habermas, p. 202.

Para finalizar, gostaríamos ainda de olhar para o outro lado dos processos de juridificação e judicialização. Pois há o perigo de tais processos se subtraírem ao poder da legislação, tornando este a única força legitimadora do processo democrático (Habermas, 1997:209). Não é à toa que o parlamento brasileiro, para se legitimar perante a opinião pública, instituiu a cultura das CPIs.

Dessa forma, está destruída a separação clássica entre os poderes. Por implicação, delegações de competência decisória e de poder para negociar, sem limites, com os quais a Justiça e o Ministério Público vêm ampliando a sua esfera para trabalhar no Brasil, ofuscam o poder da administração que institui programas políticos no escuro (privatizações de empresas públicas, adoção de programas de ajustamento econômico, etc.). Assim, ao passo que a Justiça e o Ministério Público podem conferir representações valorativas, sendo vantajosas, muitas vezes, a legitimidade da política democrática como um todo, baseada no procedimento, sofre com a falta de determinação legal bem definida, no sentido da inexistência do estabelecimento de uma separação entre tarefas e coibições da administração do legislativo, do executivo, da justiça e do Ministério Público (Habermas, 1997:209).

As representações valorativas conferidas pelas cortes de justiça e pelo Ministério Público na defesa de interesses sociais amplos ou de minorias (religiosas, grupos sociais marginalizados, ecologistas, homossexuais, deficientes físicos, velhos, jovens, etc.) interpõem também outro problema para a legitimidade de suas decisões. Vistas de modo teleológico, elas abalam os alicerces das normas, que passam a serem vistas como valores em si.

O mascaramento teleológico de direitos, na opinião de Habermas, por vias normativas procedimentais, pode ocorrer de modo a tornar o poder judiciário uma instância autoritária (Habermas, 1997:321).

Na verdade, quando não se percebe que os tribunais tem o papel da adaptação de princípios do direito a valores, e não vice-versa, preferências atraentes são capazes de eludir interesses malsãos. Mas, nesse sentido, Habermas representa um herdeiro fiel do iluminismo, quando diz:

“(...) normas válidas obrigam seus destinatários, sem exceção e em igual medida, a um comportamento que preenche expectativas generalizadas, ao passo que valores devem ser entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente” (Habermas, 1997:316).

Nossa única preocupação, no entanto, é que, no caso brasileiro, o conteúdo das decisões dos tribunais e do Ministério Público, alardeado pela mídia e interiorizado pelo governo, via pressão da sociedade civil organizada, irrompe sempre com sentido frágil, e as diferenciações entre normas e valores pendem muito mais para a garantia das primeiras do que para a dos segundos, talvez ainda devido à incapacidade dos novos movimentos sociais de sustentar seus valores e modos de vida de maneira mais radical.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os processos de *judicialização da política* no Brasil não podem ser percebidos como processos de afirmação de direitos. Muito embora a interferência dos juizes e promotores na cena política venha sendo muito frequente, conforme pudemos ilustrar com algumas notas jornalísticas, ela deve ser encarada com cuidado, pois uma vez que, enquanto no jogo político de base normativa, direitos são afirmados, eles também são negados. As discussões traçadas em CPIs servem para mostrar um dado também controverso: os direitos que se procuram afirmar decorrem de processos legislativos, e não judiciais. A cultura jurídica brasileira que incorpora, por um lado, uma política de afirmação de direitos, não se vê, por outro lado, reconhecida no espaço do poder judiciário, deslocando a discussão dos macroconflitos sociais para o legislativo.

Não obstante esses problemas, os processos de *judicialização da política* podem ser percebidos como processos decorrentes das políticas de juridificação da década de 80 que fizemos menção acima. Com isso não queremos indicar que eles representam a existência de um processo de absorção histórica linear da juridificação da política, mas muito mais que eles não são questões incidentais. Em outras palavras, os processos de *judicialização da política* sugerem indicativos de mudança na maneira de se fazer a política no país.

Nesse sentido, o que fortalece nossa hipótese inicial é que pode-se medir, através da observação dos processos de *judicialização da política*, uma cultura de incorporação de direitos no Brasil. A tese habermasiana do direito pode ser requisitada, uma vez que ela refere-se ao sentido moral e ao sentido político incorporados nos processos discursivos de validação dos direitos modernos de base racional. No entanto, quando sublinhamos que as questões de política passam a ser discutidas como questões de direito, aduzimos a uma centralidade esquecida da ética no plano da política, a qual antevê o privado na medida em que discute publicamente as condições e possibilidades dele. A recorrência aos argumentos morais, no sentido atribuído por Habermas, legitimam-se assim necessariamente pela fundamentação *a posteriori*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR, R. *Direito ao meio ambiente e participação popular*. Brasília, IBAMA, 1994.
- ALEXANDRE, F. A. . Atores e conflitos sócio-ambientais na esfera jurídico-estatal de Florianópolis, SC. In: *Revista de Ciências Humanas e Filosofia*. CFH/UFSC, no. 26, 1999.
- BENJAMIN, A. . H. V. *Dano ambiental : prevenção, reparação e repressão*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993.
- CARVALHO, I. & SCOTTO, G. **Conflitos sócio-ambientais no Brasil**. IBASE, 1995.
- CASTRO, M. F. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. In : *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 34, 1997.
- COSTA, S. A democracia e a dinâmica da esfera pública. São Paulo, *Lua Nova*, Revista de Cultura e Política, No. 36. 1995.
- DOIMO, Ana Maria. Movimento Social: a crise de um conceito. In: **A vez e a voz do popular**. São Paulo, Relume- Dumará: ANPOCS, 1995.
- DWORKIN, R. Juízes políticos e democracia. In: *Estado de São Paulo*, 26/04/97.
- _____. Ação afirmativa. In: *Estado de São Paulo*, 30/08/97.
- FRANK, A. . G. & FUENTES, M. Dez teses acerca dos movimentos sociais. In: *Lua Nova*, Revista de Cultura e Política, junho de 1989. No. 17. São Paulo, 1989.
- FUKS, M. Do discurso ao recurso: uma análise da proteção judicial ao meio ambiente do Rio de Janeiro. Caxambú: ANPOCS. In : VIOLA, E. & FERREIRA, L. **Incertezas de sustentabilidade na globalização**, Ed. UNICAMP, 1996.
- _____. *Arenas de ação e debates públicos: os conflitos ambientais e a emergência do meio ambiente enquanto problema social no Rio de Janeiro (1985- 1992)*. Tese – IUPERJ, 1997.
- GONÇALVES, C.W.P. Audiências Públicas : Sociedade civil faz justiça através do Direito. In : ACSELRAD, H. (Org.). **Meio ambiente e Democracia**, Rio de Janeiro, IBASE, 1992.
- HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. São Paulo, *Lua Nova*, Revista de Cultura e Política , No. 36. 1995.
- _____. **Direito e democracia. Entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro, Tempo brasileiro, vols. I & II. 1997.
- KRISCHKE, P. Movimentos sociais e democratização no Brasil: necessidades radicais e ação comunicativa, *Ciências Sociais Hoje*, AMPOCS, 1990.
- MILARÉ, E. **A ação civil pública na nova ordem constitucional**. São Paulo, Saraiva, 1990.
- OLIVEIRA, J. A . & MORATO L. **Cidadania coletiva**. Florianópolis, Paralelo 27, 1996.
- REVISTA DO CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL, Vol. 1, no. 1, 1997.
- SANTOS, B. , MARQUES, M. L. & PEDROSO, J. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n.30, 1996.
- SCHERER-WARREN, I. *Ong's : os novos atores do globalismo*. NPMS (*Programa de Mestrado em Sociologia Política / UFSC*, 1997).
- SORJ, B. **A nova sociedade brasileira**, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 2000.
- SOUZA, J. O direito e a democracia moderna: a crítica de Habermas a Weber. In: ARRUDA, E. (Org.). **Max Weber, Direito e modernidade**. Florianópolis, Letras Contemporâneas, 1996.
- TELLES, V. Sociedade civil e construção de espaços públicos. In: **Anos 90 -Política e sociedade no Brasil**. S. Paulo, Brasiliense, 1994.
- TOURAINÉ, A. Os novos movimentos sociais. Para evitar mal-entendidos. In: São Paulo, *Lua Nova*, Revista de Cultura e Política, no. 17, 1989.